

Parecer ministerial em processo administrativo. Expediente oriundo do Conselho Superior do Ministério Público. Suspeição e impedimento de membros do Ministério Público.

Robson Renault Godinho*

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Assuntos Institucionais e Judiciais - Assessoria de Assuntos Institucionais -

Procedimentos MPRJ nº 201300968178 e 2014.00546252

Expediente oriundo do Conselho Superior do Ministério Público. Suspeição e impedimento de membros do Ministério Público. Exame genérico das situações e específico da hipótese de designação de membro em caso de não homologação de promoção de arquivamento. Análise do entendimento tradicional de que se trataria de ato de delegação. Discordância. Sistema legal não admite a vinculatividade do pronunciamento do Conselho Superior, salvo na obrigação de que haja nova apreciação do inquérito civil podendo-se, porém, insistir no arquivamento.

Excelentíssimo Senhor Subprocurador-Geral de Justiça,

1. Introdução

O Conselho Superior do Ministério Público, em sessão realizada no dia 22 de agosto do corrente ano, deliberou “pela extração de cópias ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, solicitando a elaboração de estudo a fim de regulamentar as hipóteses de impedimento e suspeição em inquérito civil, bem como de impedimento por não homologação de promoção de arquivamento, nos termos do voto do Relator” (fl. 11 do Procedimento MPRJ nº 201300968178).

Posteriormente, o Conselheiro Alexandre Viana Schott instaurou novo procedimento visando à elaboração de “estudos pela Assessoria Jurídica a respeito dos seguintes temas: 1) a utilização de prova emprestada em inquérito civil, oriunda da quebra de sigilo em inquéritos policiais e ações penais”; 2) a vinculação do Promotor de Justiça desimpedido à decisão do Conselho Superior do Ministério Público, que determinar a realização de diligências e ajuizamento de ação civil pública, quando da

* Promotor de Justiça Assessor de Assuntos Institucionais.

não homologação de promoção de arquivamento de inquérito civil”.

Embora o primeiro item não guarde exata semelhança com o tema do primeiro procedimento, todos serão examinados conjuntamente, já que o segundo item está contido integralmente no primeiro procedimento em epígrafe.

2. O voto do Relator

Em criterioso voto (fls. 03/10), que foi acolhido por unanimidade, o Conselheiro Alexandre Viana Schott estabeleceu as seguintes premissas e conclusões:

a) “ao contrário das hipóteses de impedimento e suspeição, a designação de outro membro para officiar em inquérito civil, cuja promoção de arquivamento tenha sido não homologada, possui caráter objetivo e impessoal, sendo irreversível”;

b) “o órgão de execução no qual tramita determinado procedimento administrativo não pode flutuar de acordo com o membro que dele seja titular”;

c) “nas hipóteses de impedimentos pessoais, o procedimento é automaticamente enviado ao promotor de justiça tabelar, sem a necessidade de intervenção da administração, muito menos de ato de designação do Procurador-Geral”;

d) “situação bem diversa ocorre quando a promoção de arquivamento não é homologada pelo Conselho Superior, uma vez que o impedimento aí decorrente é de natureza funcional, vale dizer, decorre de um ato praticado pelo membro do Ministério Público que oficiou nos autos, a exigir a intervenção da administração para a designação de outro órgão do Ministério Público, conforme determina o parágrafo 4º, do artigo 9º, da Lei 7.347/85”;

e) “não é possível fazer qualquer paralelo com a não manutenção de arquivamento em inquérito policial, eis que, neste caso, tratar-se-á de ato de delegação de atribuição do Procurador-Geral, o que inexistente quando o Conselho Superior deixa de homologar a promoção de arquivamento, seja para o prosseguimento das diligências, seja para o ajuizamento de ação civil pública, uma vez que o Conselho não possui tais atribuições para que delas possa delegar”;

f) “importante destacar que tais princípios constituem garantias funcionais do membro do Ministério Público, jamais garantias pessoais, de modo que a designação de promotor de justiça desimpedido para prosseguir oficiando em inquérito civil, cuja promoção de arquivamento não tenha sido homologada pelo Conselho Superior, não é de caráter pessoal, mas funcional, de modo que, mesmo querendo, o Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento não poderá prosseguir oficiando nos autos”;

g) “a designação do promotor de justiça desimpedido para officiar em inquérito civil cuja promoção de arquivamento tenha sido não homologada pelo Conselho Superior está prevista em Lei e devidamente regulamentada em Resolução administrativa, não sendo possível que a remoção do promotor de justiça de origem

afete a atribuição do que foi designado, sendo este e não mais aquele o *promotor natural*”;

h) “o fato é que, uma vez deslocada a atribuição para oficial no inquérito civil em razão da não homologação de arquivamento, esta é uma via sem volta, como única forma de preservar a independência funcional e o princípio do promotor natural”;

i) “a restituição dos autos à promotoria de origem somente teria lugar se houvesse Resolução do Procurador-Geral prévia no sentido que a designação se daria em caráter precário, cessando tão logo a causa que a motivou”;

j) “não é difícil imaginar que tal instabilidade possa gerar graves prejuízos à instrução do procedimento, em razão da inexistência de um promotor de justiça efetivamente responsável por sua condução, enquanto o inquérito flutua de uma promotoria para a outra, num vai e vem sem sentido”.

3. Delimitação objetiva

Como se depreende da leitura do voto do Relator, cujos excertos antes transcritos já indicam a delimitação do objeto deste procedimento, há uma justificada preocupação do Conselho Superior com a insuficiência normativa sobre as hipóteses envolvendo a suspeição e impedimento de membros do Ministério Público, sobretudo na condução de inquéritos civis, registrando-se, com absoluta razão, que os princípios institucionais devem inspirar soluções e prestigiar situações que transcendam as esferas subjetivas dos agentes envolvidos.

Considerando-se a abertura semântica constante da decisão de fl. 11, procuraremos abranger com a amplitude devida o tema posto sob apreciação, mas desde já deve ser ressalvado que eventuais lacunas remanescerão, inevitavelmente. A fim de minimizá-las, será traçado o seguinte roteiro para a abordagem do tema: contornos normativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre suspeição e impedimento, análise dos termos do voto do Relator e, por fim, apresentação de sugestões para futuro regramento da matéria.

4. Disposições normativas

Embora inexista regramento sistemático da matéria no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, existem dispositivos esparsos que devem ser aglutinados neste item para facilitar a exposição.

A Lei Complementar nº 106/03 prevê, em seu artigo 11, XV, que compete ao Procurador-Geral de Justiça “conferir atribuição a membro do Ministério Público para atuar em caso de suspeição ou impedimento, atendendo, na medida do possível, à correspondência entre os órgãos de execução”, prevendo, no Capítulo XI, que serão utilizadas as normas previstas na legislação processual para impedimentos na condução de inquéritos civis (artigo 121), vedando-se a atuação de membro junto

a juízo no qual estiver em exercício seu cônjuge, companheiro ou companheira ou parente consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral, até o 3.º (terceiro) grau (artigo 123) e estabelecendo suspeição, além das hipóteses previstas na legislação processual, nos casos em que tenha emitido parecer, respondido a consulta ou de qualquer forma opinado publicamente sobre o fato do processo ou procedimento e quando houver motivo de ordem íntima que o iniba de funcionar, hipótese em que deverá comunicar as razões, reservadamente, ao Procurador-Geral de Justiça (artigo 124), cabendo lembrar que constitui dever funcional do membro do Ministério Público a declaração de impedimento ou suspeição (artigos 118, VII, da LC nº 106/03, e 43, VII, da Lei 8625/93). Em seu artigo 11, XIII, *a*, dispõe que compete ao Procurador-Geral de Justiça designar membros do Ministério Público para propor ação civil pública, nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito civil, bem como de quaisquer peças de informação. Na Lei 8625/93, igualmente encontram-se as regras de competência que conferem ao Procurador-Geral de Justiça a designação de membro para propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito civil, bem como de quaisquer peças de informações e “assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste” (artigo 10, IX, *d* e *f*)¹. No Código de Processo Civil, encontramos estas previsões: Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz. Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em

¹ Na doutrina, persiste controvérsia sobre a revogação do disposto no artigo 9º, § 4º, da LACP, pela regra de competência do art. 10, IX, *d*, da Lei 8625/93 (cf., por exemplo, DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Processo Civil: Processo Coletivo*. 4ª ed. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 230. DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 91. GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 182 e 293).

favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo. Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal. Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304). Art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I - ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135. Já no Código de Processo Penal, consta este regramento: Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive. Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padraсто, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo. Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la. Art. 258. Os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, e a eles se estendem, no que lhes for aplicável, as prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.

Especificamente sobre o tema envolvendo o controle da atuação institucional na tutela de direitos transindividuais, a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 9º, § 4º, dispõe que “deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para

o ajuizamento da ação”. No Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 233, § 5º, determina que “deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação”, e na Lei 7853/89, em seu artigo 6º, § 2º, consta que “se a promoção do arquivamento for reformada, o Conselho Superior do Ministério Público designará desde logo outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação”, enquanto o Estatuto do Idoso, no artigo 92, § 4º, estabelece a mesma regra, mas com ligeira variação: “deixando o Conselho Superior ou a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público de homologar a promoção de arquivamento, será designado outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação”.

A Resolução nº 23 do Conselho Nacional do Ministério Público dispõe em seu artigo 10, § 4º que “deixando o órgão de revisão competente de homologar a promoção de arquivamento, tomará uma das seguintes providências: I – converterá o julgamento em diligência para a realização de atos imprescindíveis à sua decisão, especificando-os e remetendo ao órgão competente para designar o membro do Ministério Público que irá atuar; II – deliberará pelo prosseguimento do inquérito civil ou do procedimento preparatório, indicando os fundamentos de fato e de direito de sua decisão, adotando as providências relativas à designação, em qualquer hipótese, de outro membro do Ministério Público para atuação”, constando no artigo 11 que “não oficiará nos autos do inquérito civil, do procedimento preparatório ou da ação civil pública o órgão responsável pela promoção de arquivamento não homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público ou pela Câmara de Coordenação e Revisão”.

Já a Resolução GPGJ nº 1522/09 disciplina a matéria nestes termos: “artigo 19 – [...]§ 1º - Não homologada a promoção de arquivamento, o Conselho Superior do Ministério Público tomará uma das seguintes providências: I - converterá o julgamento em diligência para realização de atos imprescindíveis à sua decisão, especificando-se e remetendo-se ao órgão competente para designar o membro do Ministério Público que irá atuar. II - deliberará pelo prosseguimento do inquérito civil ou do procedimento preparatório, indicando os fundamentos de fato e de direito de sua decisão, adotando as providências relativas à designação, em qualquer hipótese, de outro membro do Ministério Público para atuação. § 2º - Na hipótese do inciso II do § 1º, o Conselho Superior do Ministério Público solicitará ao Procurador-Geral de Justiça a designação de outro membro do Ministério Público para atuar no caso. [...] Art. 21 - Não oficiará nos autos do inquérito civil, do procedimento preparatório ou da ação civil pública o membro do Ministério Público responsável pela promoção de arquivamento rejeitada pelo Conselho Superior do Ministério Público”.

O Conselho Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro possui o enunciado na Súmula nº 01, em que se estabelece que “no exame dos arquivamentos submetidos ao Conselho, o Relator ou o Colegiado poderá determinar a realização de diligências complementares, delegando o seu cumprimento ao Promotor oficiante”, constando em seu Regimento interno que “está impedido de votar o Procurador-Geral de Justiça se o arquivamento provier de quem exerça funções

por ele delegadas em caso de suas atribuições originárias” (artigo 64), além de que “homologado o arquivamento, os autos do inquérito civil ou das peças de informação serão restituídos ao órgão de origem pela Secretaria do Conselho” (artigo 65) e “rejeitado o arquivamento, o Procurador-Geral de Justiça designará outro membro da Instituição para ajuizar a ação civil pública” (artigo 66), sendo que “o membro do Ministério Público que promoveu o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação não está impedido de propor a ação civil pública se surgirem novas provas em decorrência da conversão do julgamento em diligência” (artigo 66, parágrafo único).

Após essa síntese descritiva, em que foram citados os dispositivos normativos mais relevantes para apreciação da matéria, convém tecer algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre a suspeição e o impedimento, para, ao final, buscar a formulação de propostas para a solução dos problemas alvitados pelo Colegiado.

5. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais

A finalidade primordial da previsão de situações que geram impedimento e suspeição de sujeitos relevantes para a participação e condução de processos e procedimentos é a proteção da imparcialidade e, em consequência, a garantia dos princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade, na medida em que o ordenamento jurídico aprioristicamente estabelece hipóteses em que se presume, de forma relativa ou absoluta, uma espécie de contaminação cognitiva e volitiva para a prática de atos em determinadas circunstâncias.

Cumprе registrar, porém, que a imparcialidade não assegura, por si só, a independência necessária para atuação do juiz ou do membro do Ministério Público. Nas precisas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “um juiz sem independência será sempre um juiz parcial. Por outro lado, um juiz independente não será, somente por isso, um juiz imparcial. A independência é um meio para que o juiz cumpra o seu dever de imparcialidade. Assegurada a independência, outros mecanismos concretos deverão atuar para garantir que o juiz, ainda que independente, seja também imparcial ou, melhor dizendo, não seja um juiz parcial. Um desses mecanismos é a garantia do juiz natural”². E nesse

² Ainda: “A razão de ser da garantia do juiz natural é, exatamente, assegurar um julgador imparcial. Obviamente, não basta o juiz natural para que se tenha um juiz imparcial. Mas a garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo seu julgador”. *A Garantia do Juiz Natural no Processo Penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: USP, 2010, p. 33 e 35 (esta tese foi publicada comercialmente em setembro de 2014 pela editora RT, mas consultamos o trabalho original, de modo que as páginas referidas serão da versão que consta na biblioteca de teses da USP). Mais adiante esse autor relacionará a figura do juiz natural com a “pessoa do julgador” e não apenas com o órgão jurisdicional, conforme anuncia na p. 44 e desenvolve na p. 213 e seguintes da referida tese.

ponto em que a pretensão de imparcialidade, no sentido de atuação desvinculada de características subjetivas ou situações objetivas que a contaminem, encontra-se com a independência funcional, é fundamental aderir expressamente às precisas considerações do Relator sobre a relação entre os princípios e a Instituição.

Com efeito, o princípio da independência funcional, verdadeira glória do Ministério Público brasileiro, não possui alcance ilimitado e nunca pode ser invocado para que o membro deixe de cumprir sua função. Trata-se de garantia constitucional para assegurar o cumprimento de atividades finalísticas e não de alibi para a omissão funcional. Como qualquer outro princípio jurídico, a independência funcional não pode ser erigida à condição de ídolo absoluto, devendo ser aplicada em conjunto com outros princípios correlatos. Não há dúvidas de que a independência funcional é a mais importante garantia para que o membro do Ministério Público exerça sua função constitucional, mas não pode ser constituída em refúgio indevassável para o não exercício discricionário de atribuições. Trata-se de garantia do livre exercício da atuação do Ministério Público e não de um escudo para a falta de intervenção. Realmente, *“deixar ao livre arbítrio do agente decidir se irá, ou não, exercer suas atividades laborativas, é levar longe demais o princípio da independência funcional”*³.

³ GARCIA, Emerson. Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 68. Outros lapidares trechos do mesmo autor sobre a independência funcional: “Em um primeiro plano, cumpre observar que o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse em seus cargos. Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal. A partir dessa singela constatação, torna-se possível afirmar que o principal prisma de análise desse importante princípio deve ser a sua associação à atividade finalística da Instituição, pressuposto de concretização do interesse público. Com isto, o plano de aferição deve ser afastado da pessoa do agente, sendo irrelevantes os sentimentos e aspirações, legítimos ou não, a ele inerentes, não devendo ser confundidas a vaidade da pessoa do agente com a prerrogativa do cargo por ele ocupado. Esta é indispensável, aquela não. A independência funcional orna o cargo, que se destina ao exercício da atividade ministerial, elemento concretizador do interesse público (p. 65). [...] A necessidade de intervenção do Ministério Público e a consequente fixação da atribuição do órgão de execução em determinado procedimento serão divisadas sempre que as situações previstas em lei forem objeto de discussão (v.g.: art. 82 do CPC), ainda que, ao final, seja verificada a sua inexistência. Em casos tais, inadmissível será a invocação do princípio da independência funcional para justificar o não exercício das atividades ministeriais. Especificamente em relação às causas em que há interesse público (art. 82, III, do CPC), delas trataremos adiante, pois a mera verificação da existência de um fato não importará na imediata fixação da atribuição do agente, sendo exigida a sua valoração - necessariamente impregnada de grande subjetivismo - para que seja aferida a presença do interesse público, pressuposto da própria atuação ministerial. De qualquer modo, ainda aqui, o agente não tem liberdade na identificação do fato, mas, tão somente, na aferição dos efeitos que dele advirão (p. 67). [...] Não nos impressiona o argumento de que a independência funcional, por ser uma garantia do livre pensamento jurídico do membro do Ministério Público, tornaria imunes de controle as manifestações razoavelmente fundamentadas. Com a devida vênia, em matéria de fixação de atribuições e de definição da própria atuação do Ministério Público, a questão não se superpõe ao aspecto funcional, mas tão somente o tangencia. Considerando que a garantia de livre pensamento jurídico cinge-se ao aspecto funcional, não ao administrativo, incidirá na espécie o princípio da unidade, o qual legítima a unicidade de comando no âmbito institucional e direciona a própria autonomia administrativa do Ministério Público. Situando-se a definição da atribuição no plano administrativo, não se poderá falar em violação ao princípio da independência funcional mesmo na hipótese de o membro do Ministério Público ter se pronunciado pela inexistência de uma situação que justificasse a sua intervenção (p. 70). [...] Afigura-se legítima, ainda, a iniciativa do Procurador-Geral em editar atos que visem a orientar os membros do Ministério Público quanto à posição a ser seguida em determinadas situações em que é ordinariamente dividida a presença do interesse público justificador da atuação ministerial (art. 10, XII, da Lei nº 8.625/1993). Acaso não seja seguida a recomendação

A independência funcional não se confunde com liberdade de crença e não serve como álibi para a omissão do Ministério Público, sob pena de transmutar-se de garantia para ameaça institucional.

Ou seja: a garantia da independência funcional está inexoravelmente ligada à imparcialidade do membro do Ministério Público, mas isso não significa que sua assecuração formal seja suficiente para possibilitar uma adequada atuação finalística, na medida em que o pretexto de preservá-la pode escamotear uma fórmula de sacrificar o interesse público por razões privadas⁴.

Isso não significa, entretanto, que inexistam um núcleo intangível da independência funcional que sirva precisamente para garantir a imparcialidade do membro do Ministério Público. Se a independência não pode ser tão ampla que signifique um absolutismo privado, também não pode ser reduzida à condição de *slogan* vazio, propiciando uma interferência forçada no exercício funcional.

O exame mais detido desse possível conflito entre a independência funcional e a decisão do Conselho Superior será realizado oportunamente. Por ora, basta o registro do problema, na medida em que devem ser mencionados outros temas relacionados à suspeição e ao impedimento, considerando-se a abertura do primeiro expediente remetido por aquele Colegiado.

e sendo o Procurador-Geral instado a se pronunciar a respeito, tornar-se-á cogente a atuação do agente caso assim seja deliberado. É importante repetir que fixar a atribuição não guarda similitude com a conduta de interferir no exercício das atribuições. Aquela é admissível, esta não. Fixada a atribuição do agente, somente poderá ele se escusar a atuar nas hipóteses previstas em lei: impedimento e suspeição, as quais em nada se confundem com a negativa de exercer suas atribuições ante a ausência de interesse público que o justifique. Esta encontra-se relacionada ao cargo e à própria Instituição, enquanto que o impedimento e a suspeição estão vinculados à pessoa do agente (p. 71)".

⁴ "Todavia, não é razoável interpretar as garantias e princípios constitucionais do Ministério Público para servirem de barreira que impeça a eficácia social da atuação da Instituição. Com isso, as prerrogativas do órgão da Instituição não podem ser utilizadas para o benefício particular do seu próprio titular. Nesses casos, princípios como a independência funcional e a inamovibilidade se destinam a proteger o cargo contra investidas arbitrárias, quaisquer que sejam elas. O membro da Instituição não poderia, por exemplo, utilizar-se da independência funcional para deixar de cumprir atribuição constitucionalmente estabelecida; da mesma forma, a inamovibilidade não pode servir de óbice que impeça a redistribuição de atribuições em determinada comarca ou unidade de serviço quando patentemente injusta e desproporcional. A interpretação, portanto, das garantias e atribuições do Ministério Público como cláusulas superconstitucionais deve ser direcionada para proteger a Instituição, de modo a fortalecer os seus compromissos constitucionais com a sociedade e com os valores que compõem o regime democrático" ALMEIDA, Gregório Assagra. "O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social" (em: www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010170607.pdf). "A independência funcional tem por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito. O entendimento superficial que se tem dado ao princípio da independência funcional, a partir dessa máxima, não revela o seu verdadeiro sentido, provocando distorções inaceitáveis no atuar concreto dos membros do Ministério Público. Impõe-se, nesse momento de reconstrução institucional, rever o conteúdo do princípio da independência funcional, levando em consideração que a independência funcional, antes de ser uma garantia do membro do Ministério Público, é uma garantia da sociedade, uma vez que foi instituída para dar ao povo a segurança de contar com um agente político que, no exercício das funções de defesa dos interesses sociais, possa atuar com independência, imune às pressões do poder". GOULART, Marcelo Pedrosa. "Princípios Institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da Unidade Institucional e da Independência Funcional" (em: www.interlinkeventos.com.br/conamp2007/teses.pdf, p. 715).

Nessa medida, outro ponto relevante está no exame acerca da taxatividade ou não das causas de suspeição e impedimento. Trata-se de opinião corrente a existência de um rol fechado na legislação, sem possibilidade de abertura interpretativa⁵, mas recente e autorizado estudo traz novas cores ao debate: “não se pode concordar com a posição prevalecente na doutrina nacional, no sentido de que as hipóteses de impedimento e suspeição caracterizam um rol fechado, não admitindo analogia ou interpretação ampliativa. Aliás, bastaria comparar as hipóteses de impedimento e suspeição do Código de Processo Penal com as do Código de Processo Civil, e constatar as diferenças. Ora, ou se admite que há casos em que se pode identificar potencial risco para o processo civil, mas não para o processo penal, como por exemplo, “o juiz for credor ou devedor de uma das partes” (CPC, art. 135, *caput*, inc. II), porque só se encontra prevista naquele e não nesse, o que não parece uma interpretação razoável; ou se conclui que as hipóteses divergentes mostram situações que, verdadeiramente, não geram risco de parcialidade, o que também não se pode concordar. Por outro lado, há hipóteses não previstas num e noutro, que devem ser consideradas como potencialmente geradoras de parcialidade: imagine-se o caso em que a ré ou a promotora seja amante do juiz, ou tenha sido noiva do julgador, ou ainda haja entre juiz e parte relação entre adotante e adotado, por uma adoção depois declarada nula, ou relação matrimonial também posteriormente anulada. É de se concluir, pois, que as hipóteses de impedimento e suspeição não são *numerus clausus*, mas constituem um simples rol exemplificativo ou *numerus apertus*” (BADARÓ, ob. cit., p. 34, nota 38).

Essa reflexão é importante, indubitavelmente, mas, como no caso do Ministério Público existe uma conjugação entre as normas processuais, parece-me que se deve falar em uma unidade das causas de suspeição e de impedimento, independentemente da matéria tratada, já que se trata de uma previsão da lei orgânica abstratamente para a atuação funcional, desvinculando-se da matéria objeto de atuação.

Como se sabe, enquanto o impedimento relaciona-se com o objeto da causa, a suspeição é a desconfiança, a dúvida, o receio de que o membro do Ministério Público, ainda quando honesto e probo, não terá condições psicológicas de atuar com isenção

⁵ “As hipóteses previstas no art. 252 do Código de Processo Penal são taxativas, não comportando interpretação extensiva nem analógica, e, no caso do inciso III, a previsão de impedimento se dá apenas quando o magistrado tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão, o que, na espécie, não ocorreu” (HC 283.532/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 25/04/2014). “As causas de impedimento são exaustivas e não comportam ampliação” (HC 118.291/PB, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 19/12/2008). “causas de impedimento do julgador, listadas no art. 252 do CPP, são mesmo taxativas e jungidas a fatos diretamente relacionados à ação penal em que arguida a imparcialidade do julgador. Até porque o tratamento normativo-ordinário do impedimento e da suspeição do julgador não tem outro objetivo senão o de densificar as garantias do Juiz natural (inciso LIII do art. 5º da CF) e do devido processo legal (inciso LIV do art. 5º da CF). Nesse sentido, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal já recusaram pedidos de uma mais larga interpretação das hipóteses de impedimento do magistrado, expressamente definidas no art. 252 do Diploma Processual Penal”. (Almp 4 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 24/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012).

dada sua relação com qualquer das partes em razão de algum vínculo subjetivo com determinada causa⁶. O Código de Processo Civil, como antes descrito, prevê diversas hipóteses de tais situações, devendo-se ler o artigo 138, I, cuja redação pode soar um tanto truncada, da seguinte forma: aplica-se ao Ministério Público, quando for parte no processo, o disposto nos incisos II a VI do art. 134 e I a IV do art. 135⁷.

Não é necessário o exame pormenorizado de cada uma dessas hipóteses, mas convém assinalar algumas peculiaridades que podem guardar relevância com a atividade do Conselho Superior do Ministério Público.

Inicialmente, vale registrar que, ao contrário do que dispõe expressamente a legislação de regência, a jurisprudência vem permitindo a atuação sucessiva de cônjuges membros do Ministério Público em um mesmo processo⁸. Essa solução decorre da interpretação de que o Ministério Público é indivisível e atua institucionalmente e não na pessoa de seus membros. Entretanto, essa interpretação, que pode ter alguma justificativa pragmática, vai contra toda a sistemática da suspeição e do impedimento, cuja incidência necessariamente se dá individualmente e, no limite, essa ginástica hermenêutica afetaria outras hipóteses correlatas, reduzindo muitíssimo a necessária incidência das hipóteses legais. No caso do Rio de Janeiro, há que se ter em mente, ainda, o disposto no artigo 123 da LC nº106/03.

Outro dado a se registrar está no entendimento de que a atuação de um mesmo membro em procedimentos diversos, ainda que decorrentes do mesmo fato, não enseja impedimento⁹. Aplica-se o entendimento sedimentado na jurisprudência,

⁶ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 416. "Quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função" (PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 420).

⁷ TORNAGHI, ob. cit., p. 430. DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 175/176. No novo CPC, a regra é mais simples: Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: I – ao membro do Ministério Público;

⁸ Exceção de suspeição. Processual penal. Participação da Subprocuradora-Geral da República no interrogatório de acusados no inquérito objeto do *habeas corpus*. Cônjuge do Subprocurador-Geral da República oficiante na impetração que se volta contra aquele. Suspeição não caracterizada. 1. Há precedente desta Suprema Corte, no qual, explicitamente, indica-se que não há impedimento na atuação sucessiva de cônjuges promotores de justiça, no curso do mesmo processo (HC nº 77.959/PB, Primeira Turma, Relator o Ministro Octávio Gallotti, DJ de 21/5/99). 2. No caso presente, tem-se, nos autos, que a Subprocuradora-Geral da República fez apenas o acompanhamento das oitivas, sem ter adotado nenhuma intervenção no sentido de interferir ou tomado parte efetiva na investigação. 3. Exceção rejeitada. (ES 5, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-01 PP-00001 RTJ VOL-00205-03 PP-01011). RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO. ATUAÇÃO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CÔNJUGES. IMPEDIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTE DA CORTE SUPREMA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO .1. Inexiste impedimento de atuação de cônjuges membros do Ministério Público em um mesmo processo. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso especial provido. (REsp 1413946/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014).

⁹ PROCESSUAL PENAL. INTERPRETAÇÃO DO ALCANCE DO ART. 252, INCISO III, DO CPP. JUIZ QUE ATUOU NA MESMA INSTÂNCIA EM AÇÕES DE NATUREZAS DIVERSAS. IMPEDIMENTO NÃO CONFIGURADO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO. 1. A causa de impedimento prevista no inciso

que pode ser ilustrado por esta ementa: *Habeas corpus. Crimes contra a administração pública. Réu magistrado. Julgamento da ação penal pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Órgão composto por alguns membros da Corregedoria-Geral de Justiça. Alegado impedimento. Art. 252, III, do CPP. Rol taxativo. Jurisdição. Conceito que não abrange a esfera administrativa. Precedentes. Nulidade não configurada. Ordem denegada. 1. Relacionados ao princípio do devido processo legal, os princípios do duplo grau de jurisdição e da imparcialidade encontram no art. 252 do CPP vedações à atuação jurisdicional do magistrado que concretizam e permitem a devida tutela jurisdicional, elemento constante do art. 5º, XXXV, da CF, de natureza de direito fundamental. 2. Denota-se do conteúdo do art. 252, III, do CPP, a impossibilidade de atuação do juiz, sobre os mesmos fatos, em diferentes graus de jurisdição; não se cuida, portanto, de atuação em esferas de naturezas distintas, a saber no caso concreto: a administrativa e a penal. 3. In casu, tratando-se de processos de origem administrativa e judicial, julgados pela Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo e pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, respectivamente, não há ofensa ao disposto no art. 252, III, do CPP o julgamento por magistrados que componham e tenham atuado em ambos os feitos, dada a essência diversa das esferas. 4. “Neste diapasão, buscando as esferas administrativa e criminal objetivos totalmente distintos, pois, em cada uma, a matéria é posta em análise sob diferentes enfoques, nada impede que o juiz da seara administrativa também o seja na criminal, nada obstando, inclusive, o seu sorteio como relator em qualquer delas” (HC 42.249/RJ). 5. Constitui rol taxativo as hipóteses de impedimento do art. 252 do CPP, de forma que não se estende o conceito de “jurisdição”. 6. Ordem denegada. (HC 131.792/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, julgado em 22/11/2011, DJe 06/12/2011).*

Não fosse esse entendimento, simplesmente estaria inviabilizado o exercício funcional em comarcas de juízos únicos, em que necessariamente há uma atuação plúrima a partir dos mesmos fatos¹⁰. Note-se que a aplicação automática e literal

III, do art. 252, do Código de Processo Penal, refere-se a Juiz que se manifestou sobre a mesma questão de fato ou de direito em outra instância, o que não se verificou no caso concreto. Precedentes do STF e do STJ. (REsp 1288285/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 03/12/2012). *Habeas Corpus*. 2. Magistrado que julgou o feito criminal e o de natureza cível decorrentes do mesmo fato. 3. Impedimento. Art. 252 do CPP. Rol taxativo. 4. Impossibilidade de criação pela via da interpretação de causas de impedimento. Precedentes do STF. 5. Ordem denegada. (HC 97544, Relator(a): Min. EROS GRAU, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-234 DIVULG 02-12-2010 PUBLIC 03-12-2010 EMENT VOL-02444-01 PP-00005 RTJ VOL-00220- PP-00451 RT v. 100, n. 906, 2011, p. 444-451). Em sentido contrário: *HABEAS CORPUS*. Processo Penal. Magistrado que atuou como autoridade policial no procedimento preliminar de investigação de paternidade. Vedação ao exercício jurisdicional. Impedimento. Art. 252, incisos I e II, do Código de Processo Penal. Ordem concedida para anular o processo desde o recebimento da denúncia (HC 94641, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-03 PP-00589).

¹⁰ A coincidência subjetiva sucessiva não é suficiente para configurar suspeição ou impedimento: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. TRANCAMENTO. JUSTA CAUSA. DEMONSTRAÇÃO. SUSPEIÇÃO DA AUTORIDADE IMPETRADA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O fato de a autoridade impetrada, promotor de justiça, já ter presidido anterior inquérito civil no qual o recorrente figurava como investigado não acarreta o seu impedimento ou suspeição para abertura de novo inquérito civil, sendo o caso de incidência, por analogia, da Súmula 243/STJ. 2. “Somente em situações excepcionais, quando comprovada, de plano, atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento de inquérito civil” (RMS 30.510/RJ, Rel. Min. ELIANA

do disposto no artigo 124, I, da LC nº 106/03, poderia ensejar orientação diversa daquela estampada na jurisprudência antes referida, o que poderia ser justificado pela existência de norma específica, mas, repita-se, isso significaria uma subversão de uma realidade fática consolidada há décadas, razão pela qual me parece que esse dispositivo deve ser lido na forma daquele outro, a fim de estabelecer a suspeição apenas quando a atuação se der na mesma esfera de atribuição, interpretada restritivamente.

Convém assinalar, outrossim, que o disposto no artigo 124, parágrafo único, primeira parte, da LC nº 106/03, teve sua incidência no mínimo arranhada diante do decidido pelo Conselho Nacional do Ministério Público no julgamento do PCA 0.00.000.000214/2012-28, quando se excluiu expressamente a obrigatoriedade de o membro declinar a motivação que o levou a declarar-se suspeito por razão de foro íntimo, na linha do que já havia sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal¹¹.

Assunto correlato está na interpretação do artigo 134, III, do CPC, e sua aplicação em sede de análise de arquivamento de inquérito civil, já que um Conselheiro pode haver atuado anteriormente em inquérito submetido à apreciação. Sobre esse tema, temos duas soluções possíveis: 1) entender que não se trata da mesma esfera de atribuição, na linha do exposto no parágrafo anterior, permitindo sua atuação independentemente do conteúdo de seu pronunciamento no inquérito civil, o que, em tese, pode significar uma apreciação do próprio ato de arquivamento do inquérito¹² (hipótese bastante improvável diante do limite temporal e a necessidade de promoção e eleição para ter assento no Conselho); 2) considerar como fator impeditivo apenas nos casos em que sua atuação do inquérito civil pode se assemelhar a um conteúdo decisório, já que não basta a simples participação no procedimento para que se configure o impedimento¹³.

Situação peculiar envolvendo o tema e intrinsecamente vinculada ao Conselho Superior está no exame da substituição do Procurador-Geral em caso de

CALMON, Segunda Turma, DJe 10/2/10).

3. No caso, a abertura do inquérito civil foi devidamente justificada pela autoridade impetrada, que aponta eventuais ilegalidades na Portaria 101/07, editada pelo recorrente quando ocupava a Chefia da Polícia Civil.

4. Recurso ordinário não provido. (RMS 27.004/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010).

¹¹ Juiz: suspeição por motivo íntimo: admissibilidade também no processo penal, independentemente de sua revelação pelo juiz e sem prejuízo, no caso, da validade dos atos anteriores (HC 82798, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05/08/2003, DJ 21-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02133-03 PP-00507).

¹² *HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. IMPEDIMENTO DA DESEMBARGADORA-RELATORA.* "Importa em desrespeito ao preceituado no artigo 252, III, do CPP, quando o magistrado, que atuou, no processo, em primeira instância, participa do julgamento da apelação, em segunda instância. Atos de mero expediente ou de impulso procedimental não são capazes, *ex vi* jurisprudência, de causar o impedimento referido, porém, *in casu*, houve decisão sobre pedido, formulado pelo paciente, de restituição de um automóvel, ensejando considerações da julgadora, que tocam no mérito da demanda. Além disso, houve quebra de sigilos fiscal e bancário de pessoa, vinculada ao paciente, pela mesma julgadora." Ordem concedida. (HC 22028/AM, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2002, DJ 04/11/2002, p. 222).

¹³ TORNAGHI, ob. cit., p. 419. DALL'AGNOL, Antônio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 159.

não homologação de arquivamento de inquérito civil sob sua atribuição originária. Como a recente lei complementar nº159/14 estabeleceu que, em caso de suspeição ou impedimento do Procurador-Geral, seu substituto legal será o “membro eleito do Conselho Superior mais antigo na classe”, pode surgir a controvérsia acerca da parcialidade do agente que, participando da votação do Colegiado acerca do arquivamento originário, venha suceder o Procurador-Geral por força do próprio julgamento.

Caso se considere suspeito ou impedido o membro do Conselho Superior que tenha participado da votação, nunca haveria incidência da norma de substituição nas hipóteses de não confirmação do arquivamento, salvo quando o substituto não houver exercido suas funções de Conselheiro no caso, isto é, não tiver participado da respectiva sessão de julgamento.

Diante da nova sistemática legal, é necessário buscar uma harmonização do sistema e não rechaçar uma questão de política legislativa sob o argumento de que não se adequaria a uma sistemática “antiga”. Como a tarefa interpretativa não pode ser confundida com imposição de preferências pessoais, ainda que se discorde da opção legislativa é imperiosa sua recepção, não cabendo uma acomodação hermenêutica que inviabilize por completo a aplicação da norma. Como não se pode confundir a pessoa do Conselheiro com o órgão de execução Conselho Superior, a decisão de não homologação de arquivamento será proferida pelo Colegiado, mantendo-se íntegra a possibilidade de um de seus membros, na condição de Procurador-Geral, em exercício, receber o inquérito civil para reapreciação. Como assinalado em linhas anteriores, o exercício da função de Conselheiro, em julgamento administrativo, não se confunde com a esfera de atribuição de órgão de execução com atribuição para, se for o caso, ajuizamento de ação civil pública, não havendo aqui necessária relação de prejudicialidade entre questões decorrentes de um mesmo fato. Note-se, ainda, que o sistema vigente admite essa dualidade de funções entre órgãos julgadores, sem qualquer mácula na atuação sucessiva em situações distintas, ainda que no mesmo caso. Pense-se, por exemplo, no caso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que concomitantemente exercem as funções de Ministros do Tribunal Superior Eleitoral e julgam recursos ou ações diretas de inconstitucionalidade sobre os mesmos casos de que participaram como julgadores anteriormente¹⁴.

¹⁴ É bem verdade que a participação em processos objetivos não se considera a existência de suspeição ou impedimento: “O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo de controle concentrado de constitucionalidade, não está impedido de participar de seu julgamento, não obstante suscitada, em referida causa, a discussão, “in abstracto”, em torno da constitucionalidade (ou não) de resoluções ou de atos emanados daquela Alta Corte. Também não incidem, nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, ordinariamente, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado

Assim como o Procurador-Geral da República continua legitimado para atuar no Supremo Tribunal Federal contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público, do qual também é integrante e presidente. De todo modo, deve-se evitar qualquer solução pragmática que chancele uma estratégia predeterminada de acordo com a conveniência do membro, possibilitando que “escolha” as situações em que atuará como Conselheiro ou como substituto do Procurador-Geral. A partir do momento em que a Lei Orgânica consagra um sistema de substituição por parte de um dos Conselheiros, evidentemente isso deve ter um impacto sistemático também no regramento das suspeições ou impedimentos, sob pena de se inviabilizar uma inovação legislativa, cujo mérito é matéria externa e afeta ao plano político. Ainda que se discorde no âmbito da política legislativa, o dado normativo não pode ser ignorado e, sem tergiversações, temos agora um sistema em que se optou por essa dupla participação, inexistindo qualquer inconstitucionalidade nessa escolha. Note-se que no âmbito do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça sempre se conviveu com essa possibilidade nos casos de não homologação de inquérito policial arquivado pelo Procurador-Geral, quando então se realiza um sorteio para que qualquer membro que tenha votado seja designado para oferecer a denúncia¹⁵. Veja-se, pois, que juridicamente não há óbice, salvo se se pretender fazer qualquer juízo de conveniência sobre o tema, o que é, como todas as vênias, uma discussão metajurídica.

Outro ponto que merece menção é a controvérsia sobre a possibilidade de uma espécie de transcendência da situação de suspeição ou impedimento, isto é, sua extensão a outras situações semelhantes. Como se sabe, tradicionalmente

a viabilizar o julgamento, não de uma situação concreta, mas da constitucionalidade (ou não), “in abstracto”, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. - Revela-se viável, no entanto, a possibilidade de qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal invocar razões de foro íntimo (CPC, art. 135, parágrafo único) como fundamento legítimo autorizador de seu afastamento e consequente não participação, inclusive como Relator da causa, no exame e julgamento de processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade”. (ADI 3345, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2005, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-01 PP-00110 RTJ VOL-00217- PP-00162). Entretanto duas ponderações devem ser acrescidas: 1) o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é bastante claro no sentido da possibilidade da participação dos Ministros, sem distinguir o processo: “Art. 277 - Os Ministros declarar-se-ão impedidos ou suspeitos nos casos previstos em lei. Parágrafo único. Não estão impedidos os Ministros que, no Tribunal Superior Eleitoral, tenham funcionado no mesmo processo ou no processo originário, os quais devem ser excluídos, se possível, da distribuição”; 2) essa objetividade de que se fala centra-se na inexistência de interesse subjetivo em jogo, ou seja, na ausência de pretensão própria da parte, que é, nesse aspecto, precisamente o que ocorre nas ações civis públicas (a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos cognominados de ‘processos subjetivos’. A parte ativa nesse processo não atua na defesa de interesses próprios, mas procura defender um interesse público devidamente caracterizado” (Ação civil pública e controle de constitucionalidade. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*. Arnoldo Wald (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 161 – ressalvo que essa transcrição não significa qualquer adesão às conclusões a que chega o articulista no artigo ora citado).

¹⁵ Regimento Interno do OECJP/MPRJ: Art. 52 - Ao pedido de revisão da decisão do Procurador-Geral de Justiça que determinou o arquivamento, em casos de sua atribuição originária em matéria penal, aplica-se o procedimento previsto no Título II, contado o prazo de 20 (vinte) dias da publicação da decisão no Diário Oficial. Parágrafo único - Sendo reformada a decisão de arquivamento, o Órgão Especial, na mesma sessão, designará, mediante sorteio, um de seus membros para oferecer a denúncia, dentre os que não ocupem cargo de Subprocurador-Geral de Justiça.

considera-se que a suspeição e o impedimento são necessariamente tópicos, ou seja, devem ser verificados em específica hipótese ou em “dada causa”¹⁶, mas há quem sustente sua “eficácia externa”, que estará presente quando houver uma causa em que exista uma situação que já foi reconhecida como apta para afetar a parcialidade do agente¹⁷.

Em relação a procedimentos extrajudiciais instaurados por membros do Ministério Público, é necessário fixar a atribuição do órgão que resolverá a questão de eventual exceção de suspeição ou impedimento. Ou seja, há que se estabelecer quem resolverá uma alegação acerca da parcialidade de membro no decorrer de um inquérito civil. A lei 8625/93 dispõe o seguinte: “Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: IX - designar membros do Ministério Público para: d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações [...] f) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição de titular de cargo, ou com consentimento deste”; já a LC nº 106/03 prevê: “Art. 11 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça: XIII - designar membros do Ministério Público para: a) oferecer denúncia ou propor ação civil pública, nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informação; [...] XV - conferir atribuição a membro do Ministério Público para atuar em caso de suspeição ou impedimento, atendendo, na medida do possível, à correspondência entre os órgãos de execução; [...] XVII - declarar a atribuição de membro do Ministério Público para participar de determinado ato ou atuar em procedimento judicial ou extrajudicial”. Poder-se-ia cogitar da aplicação da regra que confere ao Órgão Especial a competência para deliberar sobre assuntos de relevância institucional. Entretanto, em casos de designação, corriqueiramente o Procurador-Geral de Justiça é quem disciplina a matéria, especialmente em razão da dinamicidade necessária para a continuidade do serviço público, não cabendo invocar uma regra residual quando se tem toda uma sistemática voltada para a atuação do Procurador-Geral em matéria que afeta a atribuição de órgão de execução¹⁸.

Examinemos agora o núcleo do problema que é especificamente o item 2 do Processo MPRJ 2014.00546252, que consiste precisamente no exame da existência de “vinculação do Promotor de Justiça desimpedido à decisão do Conselho Superior do Ministério Público que determinar a realização de diligências e ajuizamento de ação civil pública, quando da não homologação de promoção de arquivamento em inquérito civil”.

Evidentemente, os procedimentos mencionam a vinculação de Promotor de

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 550/551.

¹⁸ No mesmo sentido, Mazzilli: *O Inquérito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 95.

Justiça por se tratar de situação mais corriqueira, mas é certo que, nesse aspecto, inexistente diferença relevante decorrente do cargo do agente, de modo que tudo o que aqui se disser a esse respeito também é aplicável aos casos de atribuição originária do Procurador-Geral de Justiça.

Confira-se o que diz sobre o tema Hugo Nigro Mazzilli, seguramente o autor que mais tratou do assunto doutrinariamente: “Diz a lei que, reformando a promoção de arquivamento do inquérito civil, o Conselho Superior do Ministério Público designará *outro órgão* para ajuizar a ação. Houve equívoco técnico, pois o impedimento será apenas do *membro* que promoveu o arquivamento. O *órgão* poderá até ser o mesmo; o impedimento é pessoal, ou seja, é do membro da Instituição que promoveu o arquivamento. O impedimento não é de qualquer titular ou ocupante da promotoria, procuradoria de Justiça, procuradoria do Trabalho ou procuradoria da República onde se promoveu o arquivamento, mas somente *daquele determinado agente*” [...]. “Se a lei criou um impedimento para que o membro ministerial, autor da promoção de arquivamento, possa propor a ação, este mesmo membro não poderá mais tarde decidir se assume ou não a promoção da ação objeto de desistência de colegitimado” (o que também se extrai do disposto no artigo 11 da citada Resolução CNMP nº 323/07). [...] “As súmulas números 16 e 17 do CSMP-SP¹⁹ aplicam-se apenas aos casos de conversão do julgamento em diligência quando o membro do Ministério Público tenha propugnado pelo arquivamento do inquérito civil por não vislumbrar base fática suficiente para a ação civil pública. Mas se ele promoveu o arquivamento por entender que, independentemente da prova material de sua ocorrência, o fato apurado no inquérito civil não constitui nem mesmo em tese violação a qualquer interesse que lhe incumba defender, a eventual conversão do julgamento em diligência, determinada pelo Conselho Superior do Ministério Público, ensejará diligências que haverão de ser cumpridas por outro membro do Ministério Público, e não pelo primeiro. Seria incompatível que este fosse obrigado a fazer diligências investigatórias para apurar um fato que ele entende que, sequer em tese, constitui infração a qualquer interesse que lhe incumba defender”. [...] “Se o Conselho Superior do Ministério Público ou a Câmara de Coordenação e Revisão rejeitarem a promoção de arquivamento do inquérito civil ou de peças de informação, e determinarem que a ação civil pública seja proposta, necessariamente deverão designar outro membro do Ministério Público para ajuizá-la. Isso visa não só a preservar a convicção do membro do Ministério Público que propendeu pelo arquivamento, como ainda e principalmente a evitar incompatibilidades que facilmente surgiriam se assim não procedesse”, o que

¹⁹ Súmula n.º 16. “O membro do Ministério Público que promoveu o arquivamento de inquérito civil ou de peças de informação não está impedido de propor a ação civil pública, se surgirem novas provas em decorrência da conversão do julgamento em diligência.” Súmula n.º 17. “Convertido o julgamento em diligência, reabre-se ao Promotor de Justiça que tinha promovido o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação a oportunidade de reapreciar o caso, podendo manter sua posição favorável ao arquivamento ou propor a ação civil pública, como lhe pareça mais adequado. Neste último caso, desnecessária a remessa dos autos ao Conselho, bastando comunicar o ajuizamento da ação por ofício.”

deve ser estendido também à situação de designação para prosseguimento em diligências. Nesses casos, “o membro do Ministério Público designado para propor ação civil pública não agirá por atribuições próprias e sim por delegação do órgão colegiado. Isso significa que a decisão técnica e funcionalmente independente de, em nome do Ministério Público, propor ou não a ação civil pública não é do membro designado e sim do órgão designante. Não se veja aí qualquer violação ao princípio da independência funcional do membro do Ministério Público designado. A independência funcional existe sempre em favor do promotor natural, ou seja, daquele órgão que, em nome do Ministério Público, está previamente investido no poder de tomar decisões originárias [...]. Na revisão do arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação, o promotor natural passará a ser o órgão revisor, ou seja, o Conselho Superior ou a Câmara de Coordenação e Revisão é que serão os promotores naturais do caso, e a eles é que incumbirá dar, pelo Ministério Público, a palavra final sobre se o caso é de homologar o arquivamento das investigações ou propor a ação civil pública”, ou prosseguir na investigação. [...] “Nas hipóteses em que a lei cometa ao Procurador-Geral ou a um Colegiado competente do Ministério Público o poder de agir por atribuições próprias, estes, em vez de agirem diretamente, têm o poder de efetuar a designação de um outro membro da Instituição para, em nome deles, tomar as providências que entendam cabíveis; nesse caso, estarão apenas delegando uma atribuição própria a outro órgão da mesma Instituição”. [...] Neste caso, este novo órgão – o designado – não concentra nas suas mãos atribuição originária alguma para apreciar o caso, senão estaria sendo uma instância de revisão do que foi decidido já em grau de revisão pelos órgãos competentes do Ministério Público. Recebe nas mãos, antes, um encargo ou uma determinação, ou seja, é destinatário de uma designação para executar um ato específico, certo e delegado: propor uma ação pública”²⁰. Mais recentemente, assim se pronunciou esse autor: “Apesar da clareza do texto constitucional, creem alguns que o princípio hierárquico ainda subsista, tanto que o art. 28 do CPP permite que o Procurador-Geral, como chefe do *Parquet*, mande propor a ação penal pública. Entretanto, não é bem assim. Primeiro, porque é excepcional a possibilidade de o Procurador-Geral rever um ato de atividade-fim de um órgão do Ministério Público:

²⁰ *O Inquérito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 89/91 e 263/269. Ainda do mesmo autor e no mesmo sentido: MAZZILLI. Notas sobre o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta. *A Ação Civil Pública após 25 Anos*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: RT, 2010, p. 308/309 e 313/314. Também entendem ser hipótese de delegação: PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 53, nota 67. MACÉDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o Inquérito Civil*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 231/232. FERNANDES NETO, Guilherme e outros, ressaltando, claro, a possibilidade de o membro designado opor alguma causa de impedimento ou suspeição. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 23. SOUZA, Motaui Ciochetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 209. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. 4. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 217. Nesse mesmo sentido o Enunciado nº 24 editado pelo Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: “Rejeitada a promoção de arquivamento de Inquérito Civil ou do procedimento preparatório, o membro do Ministério Público designado para a realização de diligências, prosseguimento do inquérito civil ou do procedimento preparatório ou aforamento de Ação Civil Pública age por delegação do Conselho Superior do Ministério Público, exercendo, nesta condição, a *opinio actio*, do Colegiado.”

o poder de revisão não é a regra, e, sim, só ocorre em situações legais específicas, como na revisão do arquivamento de inquérito policial (CPP, art. 28) ou de inquérito civil (Lei 7.347/1985, art. 9º). Depois, a revisão em nada fere a independência funcional dos membros do Ministério Público. A independência funcional é a possibilidade que a lei confere ao agente político de tomar decisões originárias na sua esfera de atribuições; essa possibilidade o órgão do Ministério Público detém ao decidir se propõe, ou não, uma ação; contudo, não é porque ele tem independência funcional que sua decisão não possa se submeter a uma revisão; pelo contrário. [...] Poderia o promotor assim designado pelo Procurador-Geral ou pelo Colegiado recusar-se a propor a ação? Não. O primeiro promotor, que propendeu pelo arquivamento, toma a decisão originária, com a independência funcional própria aos agentes políticos; o Procurador-Geral ou o Colegiado, conforme o caso, também são agentes políticos, e agem com independência funcional, aprovando ou rejeitando o arquivamento; mas o segundo promotor, que vier a ser designado pelo Procurador-Geral ou pelo Colegiado, não agirá como agente político, e sim atuará por delegação: a decisão final da Instituição já terá sido tomada, incumbindo a ele, apenas, cumpri-la. Ele apenas mencionará, na peça inicial, que, por delegação do Procurador-Geral ou do Colegiado competente, está promovendo aquela ação. [...] O promotor tem independência funcional para tomar as decisões que a lei pôs em suas mãos; não para recusar cumprimento à deliberação tomada por outro órgão a quem a lei atribuiu a manifestação final da Instituição no caso concreto”²¹.

Compreende-se o esforço argumentativo e o contorcionismo técnico que se extraem das transcrições nas linhas anteriores, com que se pretende conferir efetividade à decisão do Conselho Superior, cuja falta de cogência sem dúvida enfraqueceria a atividade revisora exercida pelo Colegiado.

Entretanto, uma vez mais deve ser reiterado que a apreciação técnica de institutos não se confunde com desejos pessoais, de modo que não se pode ler o regramento normativo buscando o que se quer ver e não o que está efetivamente escrito. Evidentemente a atividade interpretativa não se resume a um juízo silogístico asséptico, mas, também, não é ilimitada nem autoriza a criação de teorias desprovidas de qualquer outra base que não o argumento de autoridade.

Toda discussão envolvendo competência e atribuição de órgãos públicos necessariamente está balizada pelo princípio da legalidade e não se deve buscar qualquer outro subsídio que não aquele decorrente do direito positivo. Estamos em uma seara de política legislativa, não havendo que se falar aqui em conceitos jurídicos fundamentais, como se estivéssemos diante de problemas ontológicos. A controvérsia, na realidade, deve ser resolvida a partir dos conceitos jurídico-positivos: “O conceito jurídico-positivo é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável.

²¹ Os limites da autonomia e da independência funcionais no Ministério Público brasileiro. *Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional*. Sabella, Pozzo e Burle Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 245/247.

Acrescentando que são conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento. [...] Como se vê, trata-se de conceito que fica submetido às contingências das transformações do Direito positivo. A definição desses objetos variará conforme o tempo e o espaço. Não há, portanto, uma disciplina jurídica única e imutável para esses institutos. Não se pode pretender encontrar, nesses conceitos, elementos invariáveis, que compusessem uma espécie de essência imprescindível do objeto definido”²².

Além disso, o paralelo com o processo penal é totalmente descabido²³. Em todos seus escritos sobre o tema, Mazzilli se baseia unicamente nessa analogia, valendo-se inclusive dos textos de Frederico Marques e Hélio Tornaghi sobre o sistema do controle do arquivamento do inquérito policial²⁴. Entretanto, há diferenças básicas e fundamentais entre o controle do arquivamento do inquérito civil e do inquérito policial: um é eminentemente endógeno, enquanto o outro, em regra, é submetido a um exame de órgão externo; no inquérito civil, o controle será sempre efetuado por órgão colegiado e a revisão de arquivamento de inquérito policial se dá, também em regra, por órgão monocrático, embora se trate de controle de legitimidade ativa privativa, enquanto o inquérito civil lida com legitimidade disjuntiva e concorrente; essa privatividade da legitimidade ativa evidentemente possui consequências práticas, como a necessidade de maior rigor no controle do denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal, cuja incidência no processo coletivo é no mínimo discutível²⁵; além disso, a homologação do arquivamento do inquérito civil – ou o não cumprimento da decisão que não o homologou – não impede a propositura da ação civil pública posteriormente pelo próprio Ministério Público e especialmente, claro, por qualquer outro legitimado; e a diferença principal e fundamental: no caso da ação penal, a atribuição é legalmente transferida para o Procurador-Geral, já no processo coletivo inexistente deslocamento vertical de atribuição, permanecendo a atividade finalística aos órgãos ordinários de execução.

Ora, se é da natureza da delegação a possibilidade de realização direta da atividade delegada, não há como explicar o fenômeno no âmbito do processo coletivo, já que o Procurador-Geral - e muito menos o Conselho Superior – não detém atribuição para o ajuizamento da ação civil pública, salvo nos excepcionais casos de atribuição originária, evidentemente. Se se trata de delegação, aquele que delega necessariamente pode fazer de modo direto aquilo que foi delegado²⁶.

²² DIDIER JR. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa Desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 39/40.

²³ E o voto do Conselheiro Alexandre Viana Schott bem ilustra o ponto.

²⁴ Cf., *O Inquérito Civil*... ob cit., p. 267/268.

²⁵ Cf. FERRARESI, Eurico. O Ministério Público e o princípio da não obrigatoriedade da ação coletiva. *Temas Atuais do Ministério Público*. Cristiano Chaves de Farias, Leonardo Moreira Alves e Nelson Rosenvald (org.). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

²⁶ Trata-se de noção básica, mas há parâmetro para o afirmado no direito positivo, conforme o disposto na Lei 9784/99. E mesmo a delegação convive com uma esfera de liberdade do delegado. Exemplo concreto e de passado não tão longínquo: toda a atribuição para ajuizamento de ações coletivas no Ministério Público do Rio de Janeiro, independentemente do polo passivo, era do Procurador-Geral de Justiça, que a delegava para diversos órgãos de atribuição, genericamente, sem qualquer indicação para o efetivo exercício da atividade finalística. Se delegação fosse vinculação absoluta, o ato do Procurador-Geral

É bem verdade que se poderia considerar que a ausência de obrigatoriedade do cumprimento do decidido pelo Conselho Superior tornaria o controle do arquivamento do inquérito civil praticamente um ato meramente persuasivo, enfraquecendo o sistema de controle da obrigatoriedade do ajuizamento da ação coletiva. Contudo, além de, como já assinalado, essa obrigatoriedade não ser pacífica, se foi essa a opção legislativa, não pode haver uma rebelião prática apenas por questão de preferência pessoal. Note-se que o controle do Conselho Superior é relevante para fins de verificação da regularidade da atuação funcional, para a formação de um pensamento institucional sobre os temas (sempre em caráter de recomendação) e para formar precedentes com força persuasiva, cuja observância é a regra nas atividades institucionais.

Não há dúvidas de que uma decisão de um órgão Colegiado em juízo de revisão deve ser, em regra, observada pelo membro designado, mas essa vinculação é mais ética do que técnica. Isso significa que o membro designado, se discordar do conteúdo da decisão, deveria se dar por suspeito, valendo-se de uma espécie de objeção de consciência, a fim de que o *múnus* recaia sobre outro designado. No entanto, não se pode exigir esse comportamento se inexistir alguma causa de suspeição ou de impedimento, já que, salvo em ditaduras, a discordância técnica não pode ser confundida com recalcitrância ou ofensa pessoal.

Acrescente-se, ainda, que os mesmos motivos que levam a doutrina antes citada a não insistir na designação daquele membro que promoveu o arquivamento persistem naquele efetivamente designado. Ou seja: nada justifica a diferença de tratamento entre o autor do arquivamento e aquele que foi designado, pela simples razão de que a independência funcional não fica suspensa ou submetida a algum temperamento, além de incidirem igualmente as razões psicológicas que justificam a não designação do membro original²⁷.

Poder-se-ia questionar, ainda, se aqui não incidiria a teoria dos poderes

já indicaria a providência a ser adotada, atuando o membro apenas como uma espécie de psicógrafo funcional.

²⁷ Confira-se o que reconhece o próprio Mazzilli: “se o membro do Ministério Público que promoveu o arquivamento já externou opinião de inviabilidade das investigações, entendimento esse que não se concilia sequer com a diligência pretendida, de toda conveniência pode ser a designação de outro membro da instituição para cumpri-las. Com efeito, aquele membro do Ministério Público que entendeu não existir nada a investigar pode não ser o agente mais indicado para iniciar uma investigação ou prosseguir naquela já encetada. Entretanto, nos casos em que essa incompatibilidade não seja manifesta, poder-se-á admitir que o mesmo membro cumpra a diligência determinada, desde que isso não viole sua convicção” (*O Inquérito...* ob.cit., p. 264; ainda p. 88/91). Em outra obra: “Sua manifestação já exarada, desfavorável à propositura da ação penal ou civil pública, pode desmerecer uma intervenção isenta na ação já proposta. Essa manifestação prévia poderá torná-lo, até de forma inadvertida, pessoalmente interessado na improcedência do pedido, que afinal iria dar-lhe razão. Há uma possibilidade, quase uma probabilidade concreta e efetiva, de o membro do Ministério Público, que foi favorável ao arquivamento do inquérito policial ou civil, não acompanhar a futura ação a ser proposta com isenção de ânimo e espírito desprevenido, como seria necessário a uma atuação moralmente imparcial. [...] Convém que, de um lado, seja preservada sua liberdade de convicção, para não ter de assumir a promoção de ação cuja inviabilidade antecipou, e de outro, seja preservado o interesse público em que oficie no processo quem não seja suspeito de ter interesse em contrariar a pretensão que ele próprio está formalmente defendendo” (*Regime Jurídico do Ministério Público*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 261/262).

implícitos, decorrendo do sistema de controle a cogência da designação. Primeiro, há que se remarcar que toda competência decorre do princípio da legalidade, não se podendo presumir a existência de qualquer comando que subverta regras normativas expressas. Em segundo lugar, a competência revisora é matéria infraconstitucional, enquanto a independência funcional é princípio institucional expresso na Constituição. Isto é: o que a Constituição prestigia é a independência funcional, que deve ser concretizada sem a ameaça de qualquer instância revisora que confunda reexame com hierarquia funcional²⁸. O interessante é que o raciocínio que caminha por uma análise da denominada teoria dos poderes implícitos para justificar a cogência da designação também serviria para justificar que o “sistema” transferiu a atribuição para o próprio Conselho, o que resolveria a controvérsia ora retratada, desde que o Conselheiro designado concordasse com a designação. Isso ilustra bem o desvio de perspectiva que se extra de tal raciocínio, que muito se aproximaria de uma conhecida sentença literária, configurando algo como “se o poder de revisão existe, então tudo é permitido”.

O argumento de que a possibilidade de descumprimento consagraria o Promotor de Justiça como “revisor do revisor” possui força retórica, mas não subsiste a uma análise técnica, já que estamos falando de atribuições distintas, cada qual em sua esfera, não havendo qualquer ingerência do membro nas atividades do Conselho Superior.

Nesse ponto, concordamos com este entendimento doutrinário: “inexistindo delegação, mas, antes, verdadeira designação, não há como obrigar-se o Promotor de Justiça à propositura da ação civil pública. A figura da *longa manus* – questionável mesmo na seara processual penal – não tem, aqui, qualquer aplicação. Recusando a designação do Procurador-Geral de Justiça não estará o membro do Ministério Público, *data venia*, atuando como ‘instância revisora’ da decisão do Conselho, cuja existência, validade e, principalmente, eficácia não dependem da concordância do Promotor de Justiça designado. Como então garantir a ‘continuidade do exercício da função institucional’ consistente no ajuizamento da ação? Através da designação, após a recusa do Promotor Tabelar, de membro da Instituição merecedor da confiança do Procurador-Geral, na forma do art. 10, IX, f, da Lei 8625/93, [...] aplicável por interpretação extensiva. Tal designação, agora livre, poderá recair, inclusive, sobre Promotor de Justiça integrante de uma de suas assessorias [...], com o que se estará a garantir a eficácia prática da decisão do Conselho Superior”²⁹.

Note-se, porém, que mesmo enquadrando o tema corretamente, ainda assim há um inconformismo com a impossibilidade de nova designação vinculada, o que

²⁸ “Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios” (RE 468523, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-030, public 19-02-2010).

²⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 746/748 (o trecho transcrito é de autoria de Rogério Pacheco Alves). Sobre a polêmica no âmbito do processo penal: GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 299/303.

faz com que novo contorcionismo argumentativo seja empreendido. Na realidade, a se acolher a sugestão transcrita no parágrafo anterior, na realidade estará sendo consagrada a atribuição do Procurador-Geral de Justiça, o que não encontra respaldo no sistema normativo e acaba se equiparando às consequências de quem defende que se trata de delegação. A solução ora alvitrada pode ser interessante *de lege ferenda*, mas não encontra justificativa na legislação de regência, simplesmente porque o Procurador-Geral de Justiça não detém a atribuição para tratar da matéria, salvo as hipóteses de atribuição originária.

Se a solução for transferir a atribuição para o Procurador-Geral, que se faça de modo claro e com respaldo legal, aplicando-se o dispositivo legal adequado da Lei 8625/93: “Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: IX - designar membros do Ministério Público para: g) por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão previamente ao Conselho Superior do Ministério Público”.

Não há que se escamotear a situação por meio de subterfúgios retóricos ou tergiversações: se não se entender que a designação do membro do Ministério Público decorre de uma hierarquia administrativa, mas não funcional, chamemos as coisas pelos nomes corretos: haverá uma espécie de avocação, por meio da designação de outro membro para o exercício excepcional de uma atribuição específica, com anuência do Conselho Superior, desde que se considere que o princípio do Promotor Natural é matéria infraconstitucional³⁰.

Parece-nos, porém, que se deve ter em mente de modo muito claro que “a superioridade hierárquica do Procurador-Geral, Chefe do Ministério Público, cinge-se ao âmbito administrativo – regidos pelos princípios gerais que disciplinam essa seara – não guardando qualquer similitude com uma aberrante hierarquia funcional. Fosse outra a conclusão, violado seria o texto constitucional, pois independência e hierarquia não podem ocupar um único plano existencial: enquanto a primeira afasta a intervenção superior, a segunda a atrai, o que justifica a dicotomia de tratamento dispensada às esferas funcional e administrativa”³¹.

Inexiste, pois, a propalada vinculatividade entre a decisão do Conselho Superior e a atuação finalística do Promotor de Justiça designado, ao menos nos moldes normativos vigentes.

Aplica-se à perfeição o entendimento doutrinário a seguir transcrito, com muito mais razão para o tema que ora nos ocupa:

“Uma coisa é dizer que o Procurador-Geral de Justiça, aplicando o princípio da hierarquia, pode delegar o exercício de uma atividade administrativa a outro membro

³⁰ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 304.

³¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 142.

da Instituição, o qual deve necessariamente observar os limites fixados no ato de delegação. Coisa diversa é afirmar que o Procurador-Geral, além de expedir o ato de designação, que consubstancia o exercício de atividade nitidamente administrativa, pode dizer como se dará o próprio exercício funcional. Com a devida vênia daqueles que sustentam posição diversa, esse entendimento leva o instituto da delegação a searas que em muito extrapolam seu âmbito de incidência. Não nos impressiona a tese de que o designado, apesar de exercer uma atividade finalística inerente ao Ministério Público, não age em nome próprio, mas como *longa manus* do Procurador-Geral. Como conciliar essa assertiva com o princípio da independência funcional? Ter-se-á mera delegação administrativa na hipótese de o membro do Ministério Público ser instado a elaborar uma denúncia, imputando uma infração penal a outrem, apesar de, contrariamente à *opinio* do Procurador-Geral, não ter divisado a prática de qualquer ilícito ao proceder à leitura do procedimento inquisitorial? Como realizar uma narrativa, descrevendo a prática de uma infração penal, sem localizar qualquer suporte fático apto a justificá-la? Alguém atribuiria ares de normalidade a um acórdão que, após visualizar a prática de um crime, terminasse por determinar ao juiz monocrático que realizasse a respectiva fundamentação e fixasse a pena que se afigurasse mais justa ao caso? Essa questão seria situada no plano meramente administrativo? Do mesmo modo, seria sustentável que a presença do suporte fático mínimo, necessário ao oferecimento da denúncia, teria sido identificada pelo Procurador-Geral, cabendo ao designado a singela conduta de descrever os fatos e oferecer a denúncia? Por mais que nos esforcemos, não conseguimos alcançar uma resposta afirmativa para os questionamentos acima formulados. A preservação da harmonia do sistema exige que os respectivos princípios de regência sejam compatibilizados de forma a que não se termine por prestigiar um deles em detrimento do outro. Nessa linha, entendemos que o princípio da unidade será resguardado em sendo assegurado o poder de designação do Procurador-Geral e o imperativo exercício funcional por parte do designado. O princípio da independência funcional, por sua vez, será observado em sendo assegurado ao designado o livre exercício funcional. Releva notar que os possíveis inconvenientes de ordem prática que esse entendimento pode gerar (v.g.: Procurador-Geral entende que a hipótese exige o oferecimento de denúncia e o designado volta a insistir no arquivamento) não podem legitimar a inobservância de um princípio de ordem constitucional³². [...]Em nosso modesto entendimento, parece

³² “Há quem visualize, na hipótese, uma colisão entre os princípios constitucionais da unidade e da independência funcional, o que decorreria da simultânea incidência de ambos sobre o mesmo fato e legitimaria, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, a limitação de um deles para a salvaguarda do outro. Como o Promotor de Justiça atua por delegação do Procurador-Geral, sua independência funcional não será violada, devendo prevalecer o princípio da unidade (Cf. Carlos Roberto de Castro Jatahy, Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público, Rio de Janeiro: Roma Victor Editora, 2004, p. 199). O argumento de colisão entre os referidos princípios, não obstante a criatividade declinada em sua estruturação, apresenta, com a vênia devida, dois vícios: um de natureza contextual e outro de ordem metodológica. O vício de natureza contextual deriva da clara incompatibilidade entre a conclusão e as premissas que tencionam sustentá-la, pois a individualização do problema é nitidamente dissociada da teoria dos princípios ao se sustentar que a prevalência do princípio da unidade decorre do fato de o Promotor designado atuar como mero delegatário, logo, “não está tendo a sua independência funcional violada”. Ora, se a questão é integralmente contextualizada no âmbito do princípio da unidade

claro que o princípio da hierarquia rege a atividade administrativa, enquanto o da independência funcional norteia, com escusas pela tautologia, o exercício funcional. Inexistindo hierarquia no âmbito funcional, o designado, não obstante obrigado a atuar, o fará da forma que melhor lhe aprouver. *In casu*, realizada a designação, cessa a hierarquia administrativa e principia a independência funcional"³³.

Ou seja: ainda que o membro designado discorde da decisão do Conselho por questões fáticas (exemplo: prova insuficiente) e/ou jurídicas (exemplos: contagem de prazo prescricional ou não caracterização técnica de algum ilícito), não está obrigado a ajuizar a ação civil pública. Se se tratar de cumprimento de diligência específica apontada pelo Conselho Superior, há que se entender que, nesse caso específico, estaríamos diante de uma espécie de carta precatória ou de ordem³⁴.

Outro ponto interessante está em saber se a manifestação contrária do designado significa esgotamento do assunto ou se a matéria é devolvida para o Conselho Superior, a fim de que, considerando-se haver "novo" arquivamento, possa deliberar a respeito e, caso entenda ser caso de insistir na decisão, nova designação seja indicada, até que haja uma coincidência volitiva entre designante e designado. Parece-nos que, por mais sedutora pareça a tese, haverá no ponto o mesmo equívoco indicado anteriormente, no sentido de tentar driblar a sistemática legal para fazer valer uma ideia pessoal. A absoluta revisibilidade do inquérito civil, até que se encontre um designado que cumpra o decidido pelo Conselho, é um modo oblíquo de conferir uma cogência não prevista em lei.

Registre-se, por fim, que a inexistência de uma alternativa que torne vinculativa a decisão do Conselho nos parece decorrer do sistema vigente, mas isso não significa que com isso concordamos doutrinariamente. Não há dúvidas de

e a possível mácula ao princípio da independência funcional é, *a priori*, afastada, onde estaria a colisão? No que diz respeito ao vício de ordem metodológica, ele deriva da pretensão de se solucionar uma colisão entre princípios (se houvesse colisão) com abstração das circunstâncias fáticas e jurídicas do *caso concreto*, pois, segundo o mencionado argumento, o princípio da unidade, no caso de incidência do art. 28 do CPP, sempre prevaleceria, independentemente das peculiaridades do caso. Essa conclusão, à evidência, não se compatibiliza com os inúmeros estudos já desenvolvidos no âmbito da teoria dos princípios. Como dissemos, tanto o princípio da unidade como o da independência funcional incidirão na espécie, mas de modo subsequente, não concomitante: o princípio da unidade cessa com a revisão do arquivamento e com a realização da designação, a partir daí principia a independência funcional. Salvo em situações excepcionais, que só o dia-a-dia indicará com precisão, não se pode falar em colisão quando a esfera de incidência dos princípios é distinta, um voltado à seara administrativa e outro à funcional. Ademais, em prevalecendo o entendimento ora contestado, ter-se-ia uma verdadeira subversão do sistema, pois ele não ficaria adstrito à aplicação do art. 28 do CPP, podendo vir a alcançar qualquer seara da atuação funcional. Quanto a essa última observação, não é demais lembrar que não é a literalidade da regra do art. 28 do CPP que permitiria a invocação do princípio da unidade – recepcionando a tese de que a sua incidência é excepcional – pois os princípios, numa vertente pós-positivista, têm carga normativa própria, incidindo autonomamente ou em conjunto com as regras, sendo ambos espécies do gênero norma. Abrir-se-iam, assim, as portas para a incidência do princípio da unidade em searas que lhe são estranhas e este, tal qual "um peixe fora d'água", poderia ou "morrer" de imediato ou transformar-se numa criatura amorfa que devoraria todas as demais à sua volta".

³³ GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 300/303 (a nota anterior, como revelam as aspas, também é transcrição da referida obra, especificamente da nota 358, p. 301/302).

³⁴ Nesse sentido, Motauri de Souza. *ob. cit.*, p. 210.

que, tecnicamente, seria melhor haver outra solução legal, mas, como dissemos ao longo de todo o parecer, não nos parece que uma opinião pessoal deve sobrepujar o balizamento constitucional e legal da matéria.

Analisemos agora, objetivamente, os trechos do voto do Relator que foram destacados no item 2:

a) “ao contrário das hipóteses de impedimento e suspeição, a designação de outro membro para oficiar em inquérito civil, cuja promoção de arquivamento tenha sido não homologada, possui caráter objetivo e impessoal, sendo irreversível”; Corretíssimo o ponto de vista, mas apenas deve ser acrescentado que qualquer designação deve ser impessoal, objetiva e sempre sob a cláusula *rebus sic stantibus*, já que pode haver causas supervenientes que ensejam nova designação.

b) “o órgão de execução no qual tramita determinado procedimento administrativo não pode flutuar de acordo com o membro que dele seja titular”; Concordamos em termos. Pense-se, por exemplo, se aquele membro que promoveu o arquivamento se remove para o órgão que passou a ser designado para o prosseguimento do inquérito civil. Há que se ponderar que as causas de suspeição são subjetivas, mas também há causas de impedimento que são atreladas ao membro e que podem macular a atuação em caso de remoção.

c) “nas hipóteses de impedimentos pessoais, o procedimento é automaticamente enviado ao Promotor de Justiça tabelar, sem a necessidade de intervenção da administração, muito menos de ato de designação do Procurador-Geral”; Há inclusive Resolução do Procurador-Geral nesse sentido: GPGJ nº 1876/13.

d) “situação bem diversa ocorre quando a promoção de arquivamento não é homologada pelo Conselho Superior, uma vez que o impedimento aí decorrente é de natureza funcional, vale dizer, decorre de um ato praticado pelo membro do Ministério Público que oficiou nos autos, a exigir a intervenção da administração para a designação de outro órgão do Ministério Público, conforme determina o parágrafo 4º, do artigo 9º, da Lei 7.347/85”; Perfeito o raciocínio, com a ressalva do que foi dito no comentário à alínea b.

e) “não é possível fazer qualquer paralelo com a não manutenção de arquivamento em inquérito policial, eis que, neste caso, tratar-se-á de ato de delegação de atribuição do Procurador-Geral, o que inexistente quando o Conselho Superior deixa de homologar a promoção de arquivamento, seja para o prosseguimento das diligências, seja para o ajuizamento de ação civil pública, uma vez que o Conselho não possui tais atribuições para que delas possa delegar”; Essa percepção é fundamental e raramente encontrada na doutrina.

f) “importante destacar que tais princípios constituem garantias funcionais do Membro do Ministério Público, jamais garantias pessoais, de modo que a designação de promotor de justiça desimpedido para prosseguir oficiando em inquérito civil, cuja promoção de arquivamento não tenha sido homologada pelo

Conselho Superior, não é de caráter pessoal, mas funcional, de modo que, mesmo querendo, o Promotor de Justiça que promoveu o arquivamento não poderá prosseguir oficiando nos autos"; Igualmente de acordo com a sistemática vigente.

g) "a designação do promotor de Justiça desimpedido para officiar em inquérito civil cuja promoção de arquivamento tenha sido não homologada pelo Conselho Superior está prevista em Lei e devidamente regulamentada em Resolução administrativa, não sendo possível que a remoção do promotor de Justiça de origem afete a atribuição do que foi designado, sendo este e não mais aquele o *promotor natural*"; Concordamos em termos, desde que persista a ausência de impedimento ou suspeição do designado.

h) "o fato é que, uma vez deslocada a atribuição para officiar no inquérito civil em razão da não homologação de arquivamento, esta é uma via sem volta, como única forma de preservar a independência funcional e o princípio do promotor natural"; Em termos, como já assinalado.

i) "a restituição dos autos à promotoria de origem somente teria lugar se houvesse resolução do Procurador-Geral prévia no sentido que a designação se daria em caráter precário, cessando tão logo cessasse a causa que a motivou"; Dispõe em sentido contrário o artigo 12 da mencionada Resolução que disciplina o tabelamento entre órgãos de execução.

j) "não é difícil imaginar que tal instabilidade possa gerar graves prejuízos à instrução do procedimento, em razão da inexistência de um promotor de justiça efetivamente responsável por sua condução, enquanto o inquérito flutua de uma promotoria para a outra, num vai e vem sem sentido". Essa instabilidade nos parece tão indesejável quanto inerente à mobilidade dos membros do Ministério Público.

6. Prova emprestada

Resta examinar, ainda que brevemente, o item 1 do Processo MPRJ nº 2014.00546252, sobre a utilização em inquérito civil de prova emprestada oriunda da quebra de sigilo em inquéritos policiais e ações penais.

Inicialmente, cumpre considerar que a prova emprestada consiste no transporte, ou seja, no aproveitamento de uma atividade probatória anteriormente desenvolvida em outro procedimento³⁵. Embora ainda grasse viva controvérsia acerca da possibilidade de se emprestarem as provas orais, costuma-se apontar como requisitos de eficácia das provas emprestadas: a) mesma eficácia do processo em que foi colhida; b) sua eficácia e a aproveitabilidade estão na razão inversa da possibilidade de sua reprodução; c) eficácia simétrica à da prova produzida mediante precatória; d) devem ser observadas as normas atinentes à prova documental, para materialização da prova emprestada; e) efetivo contraditório, com a parte contra a

³⁵ TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*, vol. 91, RT, p. 92, Jul / 1998.

qual a prova será utilizada tendo figurado no processo originário³⁶.

Especificamente sobre a utilização de prova produzida por quebra de sigilo, é insuperável a síntese elaborada por Eduardo Talamini, por isso a longa transcrição:

“As partes do processo que tramita sob segredo da Justiça não poderão pretender o empréstimo de prova nele produzida para outro em que qualquer delas litigue contra terceiro - quando menos, porque isso afrontaria a garantia do contraditório. Resta a hipótese do empréstimo de prova do processo de publicidade restrita para outro envolvendo exatamente as mesmas partes. Põem-se duas alternativas: a) constata-se que, embora integrante de processo que tramita sob segredo da Justiça, a prova não implica a necessidade de sigilo - trasladando-se-a, simplesmente; b) ou, não sendo assim, passa a vigorar a publicidade restrita às partes e seus procuradores também no processo para o qual a prova é emprestada. Neste último caso, o empréstimo não será possível se o segundo processo envolver, como litisconsorte ou assistente de qualquer das partes, alguém que seja terceiro em relação ao primeiro processo - a não ser que o segredo da Justiça esteja tutelando exclusivamente interesse da própria parte que pleiteia o empréstimo, a qual, assim, concorda em estender o conhecimento da matéria sigilosa aos participantes do segundo feito. A Constituição autoriza excepcionalmente a colheita de provas mediante interceptação de comunicações previamente autorizada por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5.º, XII, parte final). A Lei 9.296/96 disciplinou o tema, fixando os pressupostos da interceptação e restringindo-a à investigação ou comprovação de fatos que constituam crimes puníveis com reclusão (art. 2.º). Indaga-se da possibilidade de, autorizada a interceptação em determinado processo penal, emprestar-se para outro processo a prova obtida através dela. Na doutrina, há quem já tenha admitido tal empréstimo - inclusive para processo civil, no qual o Juiz jamais poderia diretamente autorizar a interceptação telefônica. Barbosa Moreira resume os argumentos essenciais contra e a favor do empréstimo, nos seguintes termos: “(...) pode argumentar-se que, uma vez rompido o sigilo, e por conseguinte sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar-se um cofre já aberto. Mas, por outro lado, talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela...”. Não cabe, aqui, examinar o acerto da opção política do Constituinte ao restringir drasticamente o emprego das provas ilícitas e das hipóteses de autorização de interceptações - mas, apenas, precisar o conteúdo da disciplina estabelecida no ordenamento. A definição da questão exige que se considere o regime que a Lei 9.296, de 1996, conferiu às interceptações autorizadas. É nos estritos limites deste diploma que opera a exceção à garantia da inviolabilidade das comunicações. Tanto é assim

³⁶ Cf. DIDER JR., BRAGA e OLIVEIRA. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 48.

que, antes, o STF havia negado validade a interceptações telefônicas, mesmo quando autorizadas pelo Juiz em processo penal, por reputar que a parte final do art. 5.º, XII, da CF/1988 (LGL\1988\3) dependia de regulamentação legislativa. O parágrafo único do art. 2.º da Lei 9.296, de 1996, impõe que, “em qualquer hipótese”, seja “descrita com clareza a situação objeto da investigação”. E, nos termos do art. 9.º, toda a gravação que não interessar à prova de tal situação “será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual, ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”. É, portanto, absolutamente inaproveitável para qualquer outro fim a gravação que não diga respeito à comprovação da situação apresentada ao Juiz quando se requer a interceptação - ainda que se preste à comprovação de outros fatos. Essa mesma diretriz há de vigorar para as gravações que interessem à situação investigada e sejam levadas ao processo penal: apenas neste serão utilizáveis - não se permitindo seu emprego para outras finalidades, mediante empréstimo de prova. [...] Ocorre que, eventualmente, o empréstimo de prova não se destina apenas à economia processual. Há casos em que a prova é irrepetível ou, quando menos, sua repetição só se faria a um custo bastante alto e despropositado. A prova emprestada, então, assume função diversa e especial: evitar a perda da prova irrepetível ou de difícil repetição. Seu fundamento passa a ser o próprio direito à prova - radicalmente ligado à ampla defesa e ao acesso à jurisdição: ou permite-se o traslado ou priva-se a parte de provar sua razão. Em tais situações, não estando presentes os requisitos constitucionais da prova emprestada, surgirá conflito de valores igualmente fundamentais. Caso admitido o empréstimo, sairão sacrificadas as garantias que estão à base daqueles requisitos. Na hipótese contrária, o direito à prova e os que lhe servem de supedâneo é que sofrerão o prejuízo. A única solução concebível será a aplicação do princípio da proporcionalidade. Tais valores (e também os que estão em jogo nos próprios polos da situação controvertida, objeto do processo) terão de ser ponderados de modo a se verificar quais dentre eles são os mais “urgentes e fundamentais” no caso concreto. Por isso, não se descarta em termos absolutos a admissão da prova emprestada que não preencha os requisitos antes mencionados. Outras situações-limite semelhantes à ora exposta poderão surgir e a admissão do traslado destinar-se-á a evitar resultados desarrazoados e desproporcionais. É sob essa ótica que, em muitos casos, se justificará o transporte de prova favorável ao acusado, mas que não preenche as condições iniciais de admissão. Também assim a prova produzida em processo ou procedimento administrativo desfavorável à própria administração poderá ser aproveitada”³⁷.

Sobre o tema, assim vem se manifestando o Superior Tribunal de Justiça:

“Em vista das reconhecidas da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada

³⁷ Ob. cit., itens 9 e 12.

não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo” (EREsp 617428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014).

“1. Respeitados o contraditório e a ampla defesa, faz-se possível a utilização, em processo administrativo disciplinar, de prova emprestada de inquérito policial, devidamente autorizada por autoridade judicial.

2. O simples fato de as interceptações telefônicas serem provenientes de inquérito policial não as desqualificam como meio probatório na esfera administrativa, notadamente se o servidor indiciado teve acesso, no processo disciplinar, às transcrições dos diálogos e às próprias gravações, e sobre elas tenha sido possível sua manifestação.

3. Firmou-se, nesta Corte, o entendimento de que a Lei n. 9.296/1996 não contempla determinação no sentido de que os diálogos captados nas interceptações telefônicas devem ser integralmente transcritos, ou de que as gravações devem ser submetidas à perícia, razão pela qual a ausência dessas providências não configura nulidade.

4. Nos termos do art. 156, § 1º e 2º, da Lei n. 8.112/1990, é admissível o indeferimento, pelo Presidente da Comissão, de prova requisitada pela defesa, desde, é claro, que a negativa seja devidamente motivada. Na espécie, ao contrário do que alega o impetrante, o pedido de realização de perícia foi negado com suficiente e adequada motivação.

5. Conquanto afirme que a Comissão desbordou dos limites impostos pela autoridade judicial relativamente ao manejo da prova compartilhada, o impetrante não indicou o prejuízo efetivamente causado à sua defesa, o que inviabiliza seja levado em consideração esse argumento, consoante o princípio *pas de nullité sans grief*.

6. Caso em que a sanção administrativa não foi imposta com base unicamente em escutas telefônicas, estando amparada, também, em farta prova testemunhal.

7. Segurança denegada”.(MS 14.501/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/03/2014, DJe 08/04/2014).

“Na forma da jurisprudência, “é cabível a chamada ‘prova emprestada’ no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo Juízo Criminal” (STJ, MS 13.099/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 24/02/2012). No caso, (a) o Juízo Criminal autorizou, expressamente, a remessa dos dados sigilosos à Comissão Disciplinar; (b) foi aberta vista, ao advogado da impetrante, dos documentos oriundos da Ação Penal; e (c) a impetrante, sem apresentar justificativas, deixou de comparecer ao seu segundo interrogatório, em

26/10/2006, designado para apresentar esclarecimentos sobre tais documentos, motivos pelos quais não há nulidade no processo disciplinar, pelo uso da “prova emprestada” ou por cerceamento de defesa.

V. Segurança denegada”. (MS 13.179/DF, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 01/08/2014).

“1. É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo administrativo disciplinar, mas desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, do seu envio à Administração. Precedentes.

2. Na espécie, o uso da prova produzida nos autos do procedimento criminal no processo administrativo perante a Corte de Contas foi devidamente autorizado, ressaltando-se, inclusive, a determinação judicial de restrição da publicidade, daí porque não há falar em ilegalidade do compartilhamento das provas.

3. A utilização da prova emprestada pelo Tribunal de Contas só será válida se o processo administrativo lá desenvolvido observar as garantias do devido processo legal. Assim, não há prejuízo.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no RMS 43.329/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 21/10/2013).

“Essa Corte Superior tem firme entendimento de que é possível a utilização de provas emprestadas de inquérito policial e processo criminal na instrução de processo disciplinar, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa como ocorrido nos autos. Nesse sentido, confirmam-se: MS 16.122/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 24/5/2011; MS 15.825/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19/05/2011; MS 17.534/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 20/03/2014; e 14.501/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, DJe 08/04/2014” (MS 15.907/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 20/05/2014).

“A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal. No entanto, o ato impugnado, embora praticado em processo cível, retrata hipótese excepcional, em que se apuram evidências de subtração de menor, crime tipificado no art. 237 do Estatuto da Criança e do Adolescente” (HC 203405/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011).

“Administrativo. Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação civil pública por improbidade administrativa. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Prova emprestada da esfera penal. Ausência de juntada na contestação. Prova cuja ciência o demandado tinha muito tempo antes da apresentação da sua defesa. Preclusão. Art. 300, 396 e 397 do CPC. Prova não submetida ao contraditório

e à ampla defesa. Invalidez. Precedentes STJ. Inversão do julgado, impossibilidade. Incidência do verbete sumular 7/STJ. Agravo não provido.

1. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. Embora se admita no âmbito das ações por improbidade administrativa a juntada de prova emprestada da seara criminal, essa modalidade probatória não está imune aos efeitos da preclusão (CPC, arts. 396 e 397).

3. Na espécie, a decisão criminal transitou em julgado mais de um ano antes do prazo para a apresentação da contestação pelo demandado.

4. Prova emprestada que, além de preclusa, não foi submetida, conforme assentado pelo acórdão recorrido, ao contraditório e à ampla defesa, condições sem as quais não ostenta nenhum efeito probante. Precedentes STJ.

5. A inversão desse juízo demandaria, necessariamente, novo escrutínio do acervo probatório dos autos, providência que não se mostra possível na via especial por força do enunciado sumular 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.”(AgRg no AREsp 296.593/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 11/02/2014)

Inexiste ilegalidade na propositura da Ação de Improbidade com base nas apurações feitas em inquérito policial, as quais deverão ser submetidas ao contraditório durante a fase instrutória. Embora a determinação judicial de interceptação telefônica somente caiba no âmbito de inquérito ou instrução criminal (Lei 9.296/1996), isso não impede que, a partir da sua realização, haja pertinente utilização como prova emprestada em Ações de Improbidade que envolvem os mesmos fatos, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Entendimento que segue a mesma lógica da jurisprudência do STJ e do STF, que admitem o aproveitamento da interceptação telefônica em processos administrativos disciplinares” (REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011).

“A jurisprudência do STJ é firme pela licitude da utilização de prova emprestada, colhida na esfera penal, nas ações de improbidade administrativa”(REsp 1297021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013).

E no Supremo Tribunal Federal há os julgados abaixo, mas o tema ainda não está pacificado naquela Corte:

EMENTA: PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Documentos. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra outros servidores, cujos eventuais ilícitos administrativos teriam despontado à colheita dessa prova.

Admissibilidade. Resposta afirmativa à questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Precedentes. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos, ou contra outros servidores cujos supostos ilícitos teriam despontado à colheita dessas provas. (Pet 3683 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, DJe-035 – public. 20-02-2009).

“Questão de ordem. Inquérito policial. Supervisão do Supremo Tribunal Federal. Pedido veiculado pelo conselho de ética e decoro parlamentar da Câmara dos Deputados: compartilhamento das informações. Finalidade: apurações de cunho disciplinar. Presença de dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada. Prova emprestada. Admissibilidade. Juízo de proporcionalidade (inciso XII do art. 5º e § 2º do art. 55 da CF/88). Precedentes. 1. A medida pleiteada pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados se mostra adequada, necessária e proporcional ao cumprimento dos objetivos do parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição Federal de 1988. 2. Possibilidade de compartilhamento dos dados obtidos mediante interceptação telefônica, judicialmente autorizada, para o fim de subsidiar apurações de cunho disciplinar. Precedente específico: Segunda Questão de Ordem no Inquérito 2.424 (Ministro Cezar Peluso). 3. Questão de Ordem que se resolve no sentido do deferimento da remessa de cópia integral dos autos ao Sr. Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, a quem incumbirá a responsabilidade pela manutenção da cláusula do sigilo de que se revestem as informações fornecidas” (Inq 2725 QO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2008, public. 26-09-2008).

Com esses subsídios doutrinários e jurisprudenciais, esperamos haver contribuído com o egrégio Conselho Superior do Ministério Público para a formação dos entendimentos cabíveis nos casos sob sua atribuição.

Rio de Janeiro, 22 de setembro de 2014.

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça
Assessor de Assuntos Institucionais